

## § 3 IRG: Auslieferung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung

Michael Kubiciel

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2020. "§ 3 IRG: Auslieferung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung." In *Rechtshilferecht in Strafsachen*, edited by Kai Ambos, Stefan König, and Peter Rackow, 2. Aufl., 197–203. Baden-Baden: Nomos.



## 2. Abschnitt § 3 IRG Auslieferung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung

### § 3 IRG Auslieferung zur Verfolgung oder zur Vollstreckung

(1) Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn die Tat auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder wenn sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre.

(2) Die Auslieferung zur Verfolgung ist nur zulässig, wenn die Tat nach deutschem Recht im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist oder wenn sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts nach deutschem Recht mit einer solchen Strafe bedroht wäre.

(3) <sup>1</sup>Die Auslieferung zur Vollstreckung ist nur zulässig, wenn wegen der Tat die Auslieferung zur Verfolgung zulässig wäre und wenn eine freiheitsentziehende Sanktion zu vollstrecken ist. <sup>2</sup>Sie ist ferner nur zulässig, wenn zu erwarten ist, daß die noch zu vollstreckende freiheitsentziehende Sanktion oder die Summe der noch zu vollstreckenden freiheitsentziehenden Sanktionen mindestens vier Monate beträgt.

A. Regelungsgegenstand .....	21	III. Rechtsfolgen .....	30
B. Hypothetische Strafrechtswidrigkeit im Auslieferungszustand (Abs. 1) .....	23	C. Signifikanzprinzip .....	31
I. Regelungszweck .....	23	I. Regelungszweck .....	31
II. Gegenstand, Umfang und Maßstab der Prüfung .....	25	II. Auslieferung zur Verfolgung (Abs. 2) .....	32
		III. Auslieferung zur Vollstreckung (Abs. 3) .....	34

#### A. Regelungsgegenstand

Den Regelungsgegenstand des Abs. 1 bezeichnen viele als „Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit“.<sup>1</sup> Indes verlangt bereits § 2 IRG eine Strafbarkeit der dem Ersuchen zugrunde liegenden Tat nach dem ausländischen Recht. § 3 Abs. 1 IRG ordnet lediglich die Prüfung an, ob die Tat tatbestandsmäßig und rechtswidrig wäre, wenn an sie *deutsches* Strafrecht angelegt würde. § 3 IRG verlangt also weder eine Prüfung beider Strafrechtsordnungen noch eine Strafbarkeit der Tat.<sup>2</sup> Die Vor-

1 BT-Drs. 9/1338, 36; Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 1; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 2.

2 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 7.

schrift stellt folglich den Grundsatz hypothetischer Strafrechtswidrigkeit im Auslieferungsstaat auf. Abs. 2 und 3 beschreiben die auslieferungsfähigen Delikte nicht vollständig (s. §§ 6, 7 IRG),<sup>3</sup> nennen aber immerhin einen wesentlichen Ausschlussgrund: Unterhalb (näher bezeichneter) Mindestsanktionsgrenzen<sup>4</sup> soll keine Auslieferung erfolgen.<sup>5</sup> § 3 IRG enthält daher, positiv formuliert, ein Signifikanzprinzip (Abs. 2, 3).

- 22 Beide Prinzipien gelten unmittelbar für den rahmenvertragslosen Bereich, finden sich aber auch in vielen internationalen und binationalen Regelwerken,<sup>6</sup> so dass § 3 IRG und seiner Auslegung eine erhebliche interpretatorische „Fernwirkung“ zukommt.

## B. Hypothetische Strafrechtswidrigkeit im Auslieferungsstaat (Abs. 1)

### I. Regelungszweck

- 23 Der in § 3 Abs. 1 IRG enthaltene Grundsatz der hypothetischen Strafrechtswidrigkeit im Auslieferungsstaat versteht sich nicht von selbst, da die Auslieferung der Durchsetzung eines ausländischen Strafanspruchs dient, für dessen Existenz die Beurteilung durch das deutsche Strafrecht irrelevant ist. Zudem hat der Auszuliefernde keinen, durch eigene Grundrechte gestützten Anspruch darauf, nur ausgeliefert zu werden, wenn die ihm im Ausland zur Last gelegte Tat auch in Deutschland strafbar wäre. Denn die Auslieferung stellt keine Bestrafung durch die BR dar und verlangt daher nur eine formelle rechtshilferechtliche Ermächtigungsgrundlage.<sup>7</sup> Eine hypothetische Strafbarkeit nach deutschem Recht ist hingegen zur Rechtfertigung der Rechtshilfe ebenso wenig erforderlich wie eine materiell-substantielle Strafwürdigkeit, zumal der *Ordre-public*-Vorbehalt Schutz gegen die Verfolgung eklatant strafunwürdigen Verhaltens entfaltet. Mithin kann das Erfordernis der hypothetischen deutschen Strafrechtswidrigkeit nicht individualrechtlich begründet, sondern nur mit Blick auf staatliche Interessen erklärt werden. Nicht überzeugend ist es, das staatliche Interesse in der Vermeidung von Konflikten mit anderen Staaten zu sehen, die aus einer *Ordre-public*-Prüfung bzw Fremdrechtsbewertung entstehen könnten.<sup>8</sup> Denn weder ersetzt § 3 IRG die *Ordre-public*-Prüfung vollständig noch lässt sich sagen, dass es für ersuchende Staaten anschlussfähiger ist, wenn der Erfolg ihres Ersuchens vom Wortlaut und der Auslegung deutscher Straftatbestände abhängt. Der Fall „Puigdemont“ hat vielmehr das Konfliktpotenzial gerade dieser Prüfung deutlich gemacht.<sup>9</sup> Daher lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Strafbarkeit nur als eine Ausprägung des Strukturprinzips der Reziprozität deuten,<sup>10</sup> welches das gesamte Auslieferungs(völker)recht durchzieht.<sup>11</sup> § 3 IRG sorgt danach dafür, dass die nur bei Taten Rechtshilfe leistet, bei denen sie Rechtshilfe auch selbst beanspruchen würde, was eine Strafbarkeit nach deutschem Recht voraussetzt. Das Gegenseitigkeitsprinzip hat nicht nur für die Entwicklung des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit eine bedeutende Rolle gespielt.<sup>12</sup> Sieht man von den besonderen, weil besonders engen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten der EU ab, gewähren Staaten auch heute einander Rechtshilfe zumeist nur unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit: Sowohl die binationalen Rechtshilfeverträge als auch das Europäische Auslieferungsübereinkommen sehen vor, dass ein ersuchter Staat Rechtshilfe nur insoweit gewähren muss, wie er seinerseits von dem ersuchenden Staat Rechtshilfe beanspruchen kann. § 3 Abs. 1 ist daher keine nicht nachvollziehbare Behinderung der internationalen Verbrechenbekämpfung,<sup>13</sup> sondern entspricht einem international weit verbreiteten und zwischenstaatlich vermittelbaren Prinzip, das eine rechtshilferechtliche Kongruenz zwischen den beteiligten Staaten herstellt. Diese Kongruenz ist nicht nur Ausdruck eines um die Gleichheit der Staaten besorgten Denkens;<sup>14</sup> sie sorgt vielmehr auch für die Gleichheit des Personenkreises, welche die Staaten untereinander auslie-

3 Zu weitgehend daher die Bezeichnung „Prinzip der ‚auslieferungsfähigen Delikte‘“ bei Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 1.

4 Treffend Hackner/Schierholt, S. 111.

5 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 4.

6 Umfassende Nachweise bei Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 2 ff.

7 Brodowski, in: Asholt/Kuhli (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, S. 281 (293).

8 So Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 20; zustimmend Brodowski (wie vorstehend).

9 Vgl dazu Ambos, Legal Tribune v. 18.4.2018; Gazeas NJW-aktuell 19/2018, 14; Heger, ZIS 2018, 185.

10 Im Ansatz ebenso Oehler, ZStW 96 (1984), 555 (557). Krit. hingegen Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 18; die Bedeutung dieses Prinzips offenlassend Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 2.

11 So Vogler in: Spindel-FS, S. 871, 873.

12 Sch/L/Lagodny IRG § 5 Rn 2.

13 So aber Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 2.

14 So aber die allgM, s. Jescheck, ZStW 66 (1954), 518 (531); Grützner, ZStW 68 (1956), 501 (509); Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 2. Rechtshistorisch Härter, Rg 18 (2011), 36 (44 f, 58 ff).

fern, und hat damit auch eine (mittelbar-reflexive) individualschützende Dimension.<sup>15</sup> Zwar ist es Staaten unbenommen, wechselseitig auf das Erfordernis hypothetischer Strafbarkeit im Auslieferungsstaat zu verzichten.<sup>16</sup> Es ist aber kein rechtspolitischer Grund ersichtlich, weshalb die BR in diesem Punkt über den Stand ausländischer und internationaler Rechtsordnungen hinausgreifen<sup>17</sup> und bei der transnationalen Kriminalitätsbekämpfung in Vorleistung gehen sollte.

Völkerrechtlich vorgeschrieben ist der Grundsatz der hypothetischen Strafrechtswidrigkeit im Auslieferungsstaat nicht. Die Staaten haben die Möglichkeit, ihre Rechtshilfe unter diesen Vorbehalt zu stellen, müssen dies aber nicht.<sup>18</sup> Auch verfassungsrechtlich ist § 3 Abs. 1 IRG nicht zwingend. Das von Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistete Justizgrundrecht „*nulla poena sine lege*“ findet auf die Auslieferung, die ein Akt der Rechtshilfe und kein Akt der Strafrechtspflege ist,<sup>19</sup> keine Anwendung.<sup>20</sup> Auch aus den Grundrechten lässt sich der Grundsatz der hypothetischen Strafrechtswidrigkeit nicht ableiten.<sup>21</sup> Zwar bedarf die Auslieferung als ein innerstaatlicher Zwangsakt einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (oben 2. Hauptteil Rn 2). Doch ist die Unterstützung fremder Strafrechtspflege ein zulässiger Grund, der die mit der Auslieferung notwendig verbundenen Grundrechtseingriffe grundsätzlich rechtfertigt.<sup>22</sup> Ein Akt der Rechtshilfe verliert aber weder Sinn noch Berechtigung, wenn die hypothetische Strafrechtswidrigkeit im Auslieferungsstaat fehlt.<sup>23</sup> Auch ist es keineswegs per se rechtsstaatswidrig, einen ausländischen Staat bei der Verfolgung einer Tat zu unterstützen, die nach deutschem Verständnis kein strafwürdiges Unrecht enthält.<sup>24</sup> Verfassungsrechtlich unzulässig ist lediglich eine Auslieferung, die der ersuchende Staat auf einen Straftatbestand stützt, der mit grundlegenden Wertvorstellungen der (deutschen) Rechtsgemeinschaft schlechterdings nicht zu vereinbaren ist.<sup>25</sup> Nur in einem solchen Fall wird die Auslieferung durch ihren Anlass derart kontaminiert, dass die Rechtsgemeinschaft sie nicht mehr als einen Akt der *Rechtshilfe* bezeichnen kann, ohne sich in einen Selbstwiderspruch zu verwickeln.

## II. Gegenstand, Umfang und Maßstab der Prüfung

Gegenstand der Prüfung auf seine (hypothetische) Strafrechtswidrigkeit nach deutschem Strafrecht ist der in den Auslieferungsunterlagen gekennzeichnete Lebensvorgang. Der rechtshilferechtliche Tatbegriff iSd § 3 Abs. 1 IRG entspricht mithin dem strafprozessualen Tatbegriff.<sup>26</sup> Wie der Gegenschluss aus § 10 Abs. 2 IRG ergibt, ist nicht zu prüfen, ob ein nach (deutschem Recht) hinreichender Tatverdacht besteht.<sup>27</sup> Der Umfang der Prüfung erstreckt sich nicht auf die Tatfrage; vielmehr sind die in den Auslieferungsunterlagen vorgetragenen Tatsachen einer materiellrechtlichen Schlüssigkeitsprüfung zu unterziehen. Lassen die Auslieferungsunterlagen eine Prüfung am Maßstab des deutschen Rechts nicht zu, sind nach § 30 IRG ergänzende Unterlagen einzuholen oder Beweise zu erheben.<sup>28</sup> Auch im Falle des Vorliegens eines Einverständnisses iSd § 41 Abs. 1 IRG ist § 3 Abs. 1 IRG zu prüfen.<sup>29</sup>

Maßstab der Prüfung ist das deutsche Strafrecht (StGB und Nebenstrafrecht). Die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat muss unmittelbar oder jedenfalls bei sinngemäßer Umstellung (s. 1. Hauptteil Rn 54) des Sachverhalts strafatbestandsmäßig sein. Weil die in den §§ 3 ff StGB normierten Geltungsvoraussetzungen des deutschen Strafrechts nach verbreiteter Auffassung Teil der Verhaltensnorm sind,<sup>30</sup> muss aus dogmatischen Gründen zunächst die (potenzielle) Anwendbarkeit deutschen

15 Eine solche Wirkung immerhin als „Nebenprodukt“ anerkennend *Vogler*, ZStW 105 (1993), 3 (6).

16 Für eine Einschränkung *Grützner*, ZStW 68 (1956), 501 (510); *Jescheck*, ZStW 66 (1954), 518 (531); *Lagodny* in: *Eser-FS*, S. 777 (778); *Vogel*, JZ 2001, 937 (942).

17 BT-Drs. 9/1338, 36.

18 *Grützner*, ZStW 68 (1956), 501 (509); *Lagodny*, ZStW 101 (1989), 987 (998); *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard* IRG § 3 Rn 8.

19 *Weigend*, JuS 2000, 105 (107); anders *Grützner*, ZStW 68 (1956), 501 (512); *Vogler* in: *Spendel-FS*, S. 871 (872).

20 *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard* IRG § 3 Rn 9 f; zustimmend *Sch/L/Lagodny* IRG § 3 Rn 2.

21 S. aber *Schünemann*, ZRP 2003, 185 (189).

22 Vgl. *Lagodny*, ZStW 101 (1989), 987 (996) mwN.

23 Ähnlich *Vogler* in: *Spendel-FS*, S. 871, 872.

24 Zutreffend BT-Drs. 9/1338, 35 f. S. aber *Grützner*, ZStW 68 (1956), 501 (512).

25 *Lagodny*, ZStW 101 (1989), 987 (996 f); *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard* IRG § 3 Rn 12.

26 *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard* IRG § 3 Rn 23 f.

27 BT-Drs. 9/1338, 27, 36; *Sch/L/Lagodny* IRG § 3 Rn 4; *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard* IRG § 3 Rn 25. Missverständlich daher BGH 31.3.1977 – 4 Ars 8/77, BGHSt 27, 168 (174).

28 *Sch/L/Lagodny* IRG § 3 Rn 3; *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard* IRG § 3 Rn 24.

29 OLG Nürnberg 3.6.2013 – 2 OLG Ausl 40/13, wistra 2013, 327.

30 *Jakobs*, AT, 5/12; *Neumann*, BGH-FG, S. 99 f; *Paulik*, ZIS 2006, 274 (276, 281, 283 f). Ähnlich *MüKoStGB/Ambos StGB Vor* §§ 3–7 Rn 3; *Schönke/Schröder/Eser StGB Vor* §§ 3–7 Rn 1, mwN.

Strafrechts auf die Tat festgestellt werden.<sup>31</sup> Unproblematisch ist dies, wenn der ersuchende Staat seine Strafgewalt aus einem Prinzip des internationalen Strafrechts ableitet, das auch im deutschen Recht gilt. Hier kann durch eine Umstellung des Sachverhalts – etwa: Verlegung des Tatorts nach Deutschland – die deutsche Strafgewalt begründet werden (im Beispiel: §§ 3, 9 StGB). Problematisch und umstritten sind hingegen Fälle, in denen der ersuchende Staat die Auslieferung für eine in einem Drittstaat begangene Straftat begehrt, die nicht von den §§ 3–9 StGB erfasst wird. Da in einem solchen Fall die deutsche Strafnorm keine Anwendung fände, der Täter dieser also auch nicht zuwiderhandeln könnte, ist iE so zu entscheiden, als wäre die Handlung nach deutschem Recht nicht tatbestandsmäßig, dh die Auslieferung ist unzulässig.<sup>32</sup> Denn unbestritten muss die in Rede stehende Tat den objektiven und subjektiven Tatbestand einer deutschen Strafvorschrift erfüllen.<sup>33</sup> Dazu ist eine Normidentität zwar nicht notwendig, dh die Tat muss nicht unter denselben Tatbestand subsumiert werden können, der dem Auslieferungersuchen zugrunde liegt.<sup>34</sup> Anders als die hA meint,<sup>35</sup> reicht es aber auch nicht aus, dass die Tat irgendeinen deutschen Straftatbestand erfüllt. Denn der Gegenstand des Rechtshilfeersuchens wird durch die Sachverhaltsdarstellung und dessen rechtliche Bewertung gebildet. Bei einer bloß **asynchronen rechtlichen Kongruenz**, bei der die Tat nur unter einen deutschen Straftatbestand subsumiert werden kann (etwa: Nötigung), der eine vollkommen andere Schutzrichtung aufweist als der dem Ersuchen zugrunde liegende ausländische Tatbestand (etwa: Rebellion), ist eine Auslieferung daher unzulässig.<sup>36</sup>

- 27 Unzulässig ist die Auslieferung nach allgM auch, wenn die Tat nach deutschem Recht **gerechtfertigt** wäre.<sup>37</sup> Ob eine von einem deutschen Tatbestand verlangte objektive Bedingung der Strafbarkeit gegeben ist, muss wegen ihres unrechtsindifferenten Charakters nicht festgestellt werden.<sup>38</sup> Nach hM muss die Tat nicht schuldhaft sein.<sup>39</sup> Danach steht das Eingreifen eines Schuldausschlussgrundes des deutschen Rechts der Auslieferung ebenso wenig entgegen wie die fehlende Schuldfähigkeit. Letzteres ist angesichts des Umstandes, dass § 2 IRG auch Maßregeln als sonstige Sanktionen erfasst (s. 2. Hauptteil Rn 18), zwingend.<sup>40</sup> Die Gegenauffassung unterscheidet danach, ob dem Verfolgten Kriminalstrafe droht oder ob er einer Maßregel unterworfen werden soll; nur im letztgenannten Fall genüge die bloße Rechtswidrigkeit.<sup>41</sup> Für die hM spricht zunächst, dass sie dem Willen des Gesetzgebers entspricht.<sup>42</sup> Zudem ist die von der mM vorgenommene Unterscheidung zumindest bei ersuchenden Staaten mit einem einspurigen Rechtsfolgensystem nicht durchführbar. Grenzfälle, etwa das Ersuchen nach Auslieferung eines nach deutschem Recht nicht strafmündigen Kindes, lassen sich mithilfe von § 73 IRG bewältigen. Verfolgungshindernisse, wie das Fehlen eines Strafantrages oder die Verjährung, hindern die Auslieferung nicht, es sei denn die Tat unterliegt konkurrierend auch der deutschen Strafgerichtsbarkeit und die Verfolgung ist nach deutschem Recht verjährt oder aufgrund eines Strafausschlussgrundes ausgeschlossen (§ 9 Nr. 2 IRG).<sup>43</sup> Flankiert wird § 3 IRG zudem von § 81 IRG, der diesen hinsichtlich der auslieferungsfähigen strafbaren Handlungen modifiziert.<sup>44</sup>
- 28 Eine **sachgerechte Umstellung** ist nicht notwendig, wenn die Auslieferung eines Staatsbürgers des ersuchenden Staates wegen der von ihm in Deutschland begangenen Tat begehrt wird. Ebenfalls unnötig ist eine Umstellung, wenn der ausländische Straftatbestand, auf den sich das Ersuchen beruft, bloß seiner Ausgestaltung nach, nicht aber inhaltlich von der deutschen Entsprechungsnorm ab-

31 IE ebenso Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 8; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 47. AA: Vogler, ZStW 81 (1969), 163 (172).

32 Zur dogmatischen Einordnung der §§ 3 ff StGB s. Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 23 f. IE wie hier Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 8. AA: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 48.

33 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 49.

34 Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 13.

35 Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 13; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 29. So für den Fall Puigdemont auch Ambos, Legal Tribune v. 18.4.2018, Heger, ZIS 2018, 185 (187 f). In diesem Fall offengelassen von OLG Schleswig 12.7.2018 – 1 Ausl (A) 18/18 (20/18).

36 IE wie hier Arzt in: Schweizerischer Juristentag-FS, 1988, S. 417, 425.

37 OLG Stuttgart 30.3.1962 – 1 Ausl.Reg. 45/61, GA 1962, 314; OLG Stuttgart 12.3.1986 – 3 Ausl. 71/84, GA 1986, 563 f; Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 13; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 50.

38 Zutreffend Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 53.

39 Oehler, ZStW 96 (1984), 555 (558); Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 15; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 51.

40 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 51.

41 Eser, im Tagungsbericht von Weigend, ZStW 96 (1984), 624 (631); Vogler, NJW 1983, 2114 (2116).

42 BT-Drs. 9/1338, 36.

43 Oehler, ZStW 96 (1984), 555 (558).

44 KG Berlin 14.10.2013 – (4) 151 AuslA 92/13 (198/13); OLG Nürnberg 3.6.2013 – 2 OLG Ausl 40/13, wistra 2013, 327.

weicht. Existieren jedoch inhaltliche Diskrepanzen, ist zu prüfen, ob sich diese bei einer sachgerechten Umstellung des Sachverhalts auflösen. Ziel der Umstellung des Sachverhalts ist die Begründung deutscher Strafgewalt, namentlich durch die gedankliche Verlagerung des Geschehens in das Inland.<sup>45</sup> Umzustellen sind dabei ausweislich der Gesetzesbegründung auch die Antworten des ersuchenden Staates auf staats-, zivilrechtliche oder andere außerstrafrechtliche Vorfragen.<sup>46</sup> Gleichwohl gehen Rspr und Teile der Lit. – selbst bei Blankettdelikten<sup>47</sup> – implizit von einer Leitbildfunktion der gesamten deutschen Staats- und Rechtsordnung aus, indem sie sämtliche nicht-strafrechtliche Vorfragen nach deutschem Recht beurteilen wollen.<sup>48</sup> Dem ist zu widersprechen: Eine Rechtshilfe, die auf dem Prinzip der Gleichheit bzw Gleichwertigkeit der Staaten gründet, darf nicht an der unterschiedlichen Ausgestaltung des Staates, seiner Verwaltung und seiner außerstrafrechtlichen Normenordnung scheitern, wenn die Tat im Übrigen in beiden Staaten als ahndungswürdig erachtet wird.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung einer sinngemäßen Strafbarkeit nach deutschem Recht ist die Entscheidung über das Auslieferungsersuchen.<sup>49</sup> Vorliegen muss die (sinngemäße) deutsche Strafbarkeit während des gesamten Rechtshilfverfahrens.<sup>50</sup> Ist schon während des gerichtlichen Rechtshilfverfahrens ersichtlich, dass bis zur Überstellung eine Änderung des (deutschen) Strafrechts die Voraussetzung der Auslieferung entfallen lässt, kann das Gericht feststellen, dass die Auslieferung nicht zulässig sei.<sup>51</sup> 29

### III. Rechtsfolgen

Kann der (ggf ergänzte) Tatsachenvortrag nicht mit einem deutschen Straftatbestand in Deckung gebracht werden oder ist die Tat gerechtfertigt, muss die Auslieferung für unzulässig erklärt werden.<sup>52</sup> 30  
Unschädlich ist hingegen eine partielle rechtliche Kongruenz. Eine solche liegt vor, wenn die Tat noch einen weiteren Straftatbestand des ersuchenden Staates erfüllt, den das deutsche Recht nicht kennt oder dessen deutsches Pendant tatbestandlich nicht eingreift.<sup>53</sup> Eine rechtliche Beschränkung der Auslieferung ist in diesem Fall nicht möglich.<sup>54</sup> Liegen dem Auslieferungsersuchen mehrere prozessuale Taten zugrunde, kann eine Teilzulässigkeitsklärung in Betracht kommen, wenn es hinsichtlich einer von mehreren Taten an einer hypothetischen Strafbarkeit fehlt.<sup>55</sup> Der ersuchende Staat hat seine Verfolgung nach dieser Maßgabe zu beschränken.<sup>56</sup> Dient die Auslieferung der Vollstreckung, führt eine Teilunzulässigkeit der Auslieferung dazu, dass der ersuchende Staat die Strafdauer neu berechnen muss. Auf die Notwendigkeit der Neuberechnung hat das OLG hinzuweisen; es kann diese jedoch nicht selbst vornehmen,<sup>57</sup> da es als Rechtshilfegericht für diesen Akt fremder Rechtspflege nicht zuständig ist.<sup>58</sup>

## C. Signifikanzprinzip

### I. Regelungszweck

§ 3 Abs. 2 IRG lässt Auslieferungen nur zur Verfolgung von Taten zu, für die das deutsche Strafrecht, wäre es anwendbar, eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr festsetzt. Die Gesetzesbegründung rechtfertigt diese Einschränkung mit der Zweckmäßigkeitserwägung, dass bei geringfügigen Taten die Durchführung eines aufwendigen und kostspieligen Auslieferungsverfahrens nicht lohne.<sup>59</sup> 31  
Gewichtiger ist hingegen die verfassungsrechtliche Einsicht, dass die Durchführung eines Ausliefe-

45 Vgl Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 7; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 34. Am Beispiel OLG Hamm 11.5.2010 – 2 Ausl. 65/10, NStZ 2010, 708.

46 BT-Drs. 9/1338, 36. So auch Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 35 f.

47 OLG Schleswig 15.9.2009 – 1. Ausl. (A) 23/09; Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 17. Anders OLG Hamburg 20.7.1988 – Ausl. 12/88, GA 1989, 172 f.

48 Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 18 f; OLG Celle 16.12.2016 – 1 AR (Ausl) 89/16, Rn 14.

49 Wie hier Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 41; anders Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 21 (Zeitpunkt des Übergabeaktes); vermittelnd OLG Celle 27.7.2008 – 1 AR 23/07, NStZ-RR 2008, 245 (246).

50 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 41.

51 Vgl OLG Celle 16.12.2016 – 1 AR (Ausl) 89/16, Rn 14.

52 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 26 f.

53 OLG Karlsruhe 27.12.1985 – 1 AK 40/85, MDR 1986, 521; Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 13.

54 So Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 30.

55 BGH 31.3.1977 – 4 Ars 8/77, BGHSt 27, 168; Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 20; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 31.

56 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 31.

57 So aber OLG Jena 5.6.1996 – Ausl 2/95, NStZ-RR 1997, 11; OLG Koblenz 23.6.1993 – 1 Ausl 2/92, GA 1993, 561.

58 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 31.

59 BT-Drs. 9/1338, 37.

rungsverfahrens mit den, ihm immanenten Grundrechtseingriffen bei Bagateltaten unverhältnismäßig wäre.<sup>60</sup>

## II. Auslieferung zur Verfolgung (Abs. 2)

- 32 Ob die Tat die Mindestsanktionshöhe überschreitet, entscheidet nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift die Strafandrohung jenes **deutschen Straftatbestandes**, unter den der im Auslieferungsersuchen bezeichnete Lebensvorgang als Tat iSd § 3 IRG subsumiert werden kann (s. 2. Hauptteil Rn 26). Sind auf eine Tat mehrere deutsche Straftatbestände anwendbar, ist die Auslieferung zulässig, wenn nur einer von ihnen die Mindestsanktionshöhe erreicht.<sup>61</sup> Aus der Gesetzesbegründung geht indes hervor, dass die Auslieferung mit einer (einschränkenden) Bedingung verknüpft werden kann, wenn die Voraussetzungen für eine Auslieferung nur für einen (Teil) von mehreren Tateinheitlich verwirklichten Tatbeständen vorliegen.<sup>62</sup> Liegen dem Auslieferungsersuchen hingegen mehrere Taten zugrunde, ist für jede Tat gesondert festzustellen, ob die Mindestsanktionshöhe erreicht ist; die Auslieferung ist entsprechend zu beschränken, wenn hinsichtlich einer Tat die Mindestsanktionshöhe nicht erreicht wird.<sup>63</sup>
- 33 Obligatorische Strafrahmenerleichterungen, wie etwa § 27 iVm § 49 Abs. 1 StGB, sind, da eine konkrete Tat Gegenstand der Beurteilung ist, zu berücksichtigen.<sup>64</sup> Fakultative Strafrahmenerleichterungen wirken sich hingegen auf die Festsetzung der Mindestsanktionshöhe nicht aus. Zum Schutz von Jugendlichen im Auslieferungsverfahren ist der von § 18 Abs. 1 JGG angeordneten Ersetzung der Strafrahmenerleichterungen des StGB nicht zu folgen.<sup>65</sup>

## III. Auslieferung zur Vollstreckung (Abs. 3)

- 34 Abs. 3 S. 1 legt zunächst fest, dass die Auslieferung zur Vollstreckung nur zulässig ist, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat die von Abs. 2 aufgestellte Voraussetzung der Mindeststrafandrohung erfüllt. Über das Erfordernis einer **abstrakten Mindeststrafandrohung** für die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat hinaus verlangt Abs. 3, dass (zumindest auch) eine **freiheitsentziehende Sanktion im konkreten Fall zu vollstrecken ist**.<sup>66</sup> Entscheidend ist also, dass die konkret intendierte Sanktion zu einem Freiheitsentzug führt. Dies kann eine Freiheitsstrafe, eine Maßregel der Besserung oder Sicherung, aber auch eine Ersatzfreiheitsstrafe nach Umwandlung der ursprünglich nicht-freiheitsentziehenden Sanktion.<sup>67</sup> Dass die Auslieferung daneben auch der Vollstreckung anderer Sanktionen dient, ist unschädlich.<sup>68</sup> Ist das Ersuchen hingegen auf eine Rechtshilfe zur Vollstreckung einer Geldstrafe oder einer nicht-freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung gerichtet, ist die Auslieferung unzulässig.
- 35 Die im ersuchenden Staat verhängte freiheitsentziehende Sanktion muss im Zeitpunkt der Auslieferung vollstreckbar sein.<sup>69</sup> Dass eine Vollstreckung zuvor (bedingt) ausgesetzt worden war, ist unschädlich, wenn die Aussetzung zwischenzeitlich rechtskräftig aufgehoben worden ist; die entsprechende Entscheidung ist unverzichtbarer Bestandteil des die Vollstreckbarkeit belegenden Teils der Auslieferungsunterlagen.<sup>70</sup>
- 36 Abs. 3 S. 2 setzt für die Dauer der voraussichtlich zu vollstreckenden freiheitsentziehenden Sanktion ein **Mindestmaß von vier Monaten** fest. Die Festsetzung eines Mindestmaßes soll verhindern, dass ein Auslieferungsverfahren eingeleitet wird, das außer Verhältnis zur Bedeutung der zu vollstreckenden Sanktion steht.<sup>71</sup> Die Vorschrift findet zwar nach § 1 Abs. 3 IRG keine Anwendung, wenn das EuAulÜbk. einschlägig ist; jedoch ist auch unter den Auspizien des EuAulÜbk. das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten, das jedenfalls verletzt wird, wenn die Strafdauer zehn Tage nicht über-

60 Richtig Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 23.

61 Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 27; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 57.

62 BT-Drs. 9/1338, 37 f. S. aber Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 30 IRG § 4 Rn 6.

63 Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 28; BGHSt 27, 168.

64 Überzeugend Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 59.

65 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 60.

66 BT-Drs. 9/1338, 37.

67 BT-Drs. 9/1338, 37; Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 31 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 62.

68 BT-Drs. 9/1338, 37; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 62.

69 Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 64.

70 OLG Köln 21.5.1987 – Ausl. 3/85–3/87; OLG Karlsruhe 21.4.1999 – 1 AK 5/99, StV 2000, 383; Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 33; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 64.

71 BT-Drs. 9/1338, 37.

schreitet.<sup>72</sup> Sind mehrere Sanktionen zu vollstrecken, kommt es, wie Abs. 3 S. 2 deutlich macht, auf die Summe aller Sanktionen an. Die Summe ist von den dafür zuständigen Instanzen des ersuchenden Staates zu bilden. Eine eigene Bestimmung der Gesamtstrafe darf das OLG nur vornehmen, wenn sich diese nach dem Recht des ersuchenden Staates aus einer Addition der Einzelstrafen ergibt.<sup>73</sup> Die Formulierung „wenn zu erwarten ist“ deutet zwar darauf hin, dass eine Prognose über die nach der Auslieferung zu erwartenden (Rest-)Vollzugsdauer vorzunehmen ist.<sup>74</sup> Doch hat sich das OLG auf die in den Auslieferungsunterlagen enthaltenen Angaben des ersuchenden Staates zu verlassen. Insbesondere kann es seine eigene Einschätzung über den angemessenen Mindestvollzug nicht an die Stelle der zuständigen Instanzen des ersuchenden Staates setzen. Daher kann das OLG, wenn die einer Gesamtstrafe zugrunde liegenden Taten nur teilweise auslieferungsfähig sind, nur dann eine neue Gesamtstrafe berechnen, wenn dies lediglich einer mathematischen Operation bedarf; einen Wertungsakt kann das OLG hingegen nicht vornehmen; diesen muss es den Instanzen des ersuchenden Staates überlassen.

<sup>72</sup> OLG Celle 23.11.2015 – 1 Ausl 46/14, Rn 12 f.

<sup>73</sup> Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 35.

<sup>74</sup> In diesem Sinne Sch/L/Lagodny IRG § 3 Rn 34; Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard IRG § 3 Rn 65.